

POR

EL CAPITAN FERNAN PEREZ DE BEINGOLEA, ADMINISTRADOR DE LOS BIENES, y obras pias, q̃ fundó el Contador Ochoa de Vrquiza, Cauallero de la Orden de Calatraua, y Doña Antonia Zamudio; En el pleyto

CON

Los bienes del General Iuan de Vribe Apalua, y Doña Maria de Ozaeta su muger, y con Don Iuan de Ozaeta su hijo, Cauallero de la Orden de Santiago, que los administra.

Se suplica a V. m. passe los ojos por este apuntamiento.

LA IVSTICIA Del administrador (debaxo de la dignissima censura de V.m.) es clara, y ninguna cosa lo denota mas que auer necessitado la parte contraria para escurecerla de tanto hecho, y de tanto derecho como mezcla en su papel; el punto es vno solo, vtrùm por las cartas de pago, q̃ Martin Iuan de Beingo-

lea,

lea, antecessor del dicho Capitan, en esta administracion otorgò en fauor de Lorenço de Leagui, que administraua los bienes del dicho General, se adquirió a los dichos bienes tan plena liberacion, que no se les pueda pedir el dinero dellas. Los fundamentos que el administrador tiene para pedirlo son quatro, de los quales se formarã quatro articulos, suponiendo en cadavno lo q̃ del hecho fuere necessario para sentar el derecho, y respõdiẽdo a lo q̃ mas obstare, de lo mucho que por el contrario se alega.

ARTICVLO PRIMERO.

COmponese este primero Articulo de la primera razon, en que el dicho Capitan funda su justicia, que es dezir, que Martin Iuã de Beingolea no tuuo poder para confessar auer recibido el dinero contenido en las cartas de pago que otorgó, ni para renunciar la excepcion de la non numerata pecunia: y que assi no constando, ni auiendose prouado la paga, no se libra con ellas el deudor.

Suponese que a los bienes del Contador Ochoa de Vrquiza, cuyo heredero es el Patronazgo, y obras pias de la Villa de Lequeitio, ay pleyto de acreedores pendiente en la Chancilleria de Valladolid ante el juez mayor de Vizcaya. Y suponese tambien, que la forma de poner administrador a ellos es, mandar el dicho juez mayor, que el Concejo de la dicha Villa nombre persona, y nombrada le encarga el la administracion, dandole jurisdicion para ella, despachandole prouision por Don Phelipe, en que se le da el poder para administrar la forma que ha de guardar en el cobrar, y pagar, &c. esto consta por las dos prouisiones del dicho Martin Iuan de Beingolea, y del Capitan Fernan Perez de Beingolea, que oy litiga, que estàn a fol. del Ramo y a fo.2. del Ramo, que deste Articulo se ha hecho.

Finalmente se supone, que en la prouision del dicho Martin Iuan de Beingolea no se le dà facultad para confessar la paga, ni para renũciar la pecunia, &c. ni desto ay palabra, antes por el cõtrario se le mãda que cobre, &c. y que de lo que recibiere, y cobrare dè sus cartas de pago, &c. y no pague cosa alguna, sino con prouision del dicho juez.

ESTO Supuesto en el hecho es cierto, e indubitable este primer fundamento, porque si queremos considerar la facultad que a el dicho Martin Iuan de Beingolea dio el derecho en fuerça del oficio de administrador, que se le encargò por mas amplia que la queremos pintar, no se estiende a confessar auer recibido, buen exemplo es el tutor, cuya potestad en materia de administrar es la mas amplia que

el de-

el derecho ciuil conoce; porque tiene poder con libre y general administracion, como notó Acurcio en la ley mandato generali, ff. de procuratoribus, gloss. finali, ibi; *Aliud in tutoribus, & præsidibus, qui habent liberam, &c.* aprobado comunmente por todos, como lo notò Curcio Iunior cons. 147. num. 13. ibi; *Prius præmissa vna regula, quod maior est potestas tutoris, circa bona pupilli quam filij, circa bona patris; patet, quia tutor tãquam legalis administrator dicitur habere â lege liberam potestatem administrandi, ex glossa communiter approbata, &c.* Antonius Piagius de tutore, quæst. 5. numeros 29. y 45. & ex Angelo, Baldo, & alijs Baeça, a quien sigue, y cita Gutierrez de tutelis, 1. par. cap. 1. num. 15. con otros muchos; y no es mucha la ponderacion, mayor fue la del Iurisconsulto Iuliano en la ley qui fundum 7. §. si tutor, ff. pro emptore, que llamó al tutor señor de la hazienda del pupilo, ibi; *Nam tutor in rem pupili, tunc domini loco habetur cum tutelam administrat:* y lo notaron alli los ordinarios todos, y Iustiniano en el authét. vt hi qui obligatas, &c. in princip. les llamò señores de los mismos pupilos, y de sus bienes, ibi; *Mox efficiuntur eorum domini, & facultatũ, &c.* y lo notó asi el señor Gregorio Lopez en la ley 1. tit. 16. partita 6. glossa 6. ibi; *Et tutores, & curatores dicuntur domini minorum; & rerum eorum &c.* ex multis Gutierrez dict. lib. 1. de tutelis, cap. 1. num. 15. despues de Baeça, y otros Regnicolas, este pues de tan amplia potestad no la tiene para confessar auer recibido, ni su confession libra al deudor, si aliter, no prueua que pagó realmente (porque esto de confessar la paga, mas mira a hazer gracia, y donacion que à administrar) asi lo resolviò Mascardo 1. tomo de probationibus, concl. 470. que intituló, *confessio tutoris, curatoris, executoris, administratoris, &c. an faciat fidem de recepto in præiudicium pupilli,* con Bartulo, Baldo, Fulgosio, Romano, Castrense, Alexandro, Socino, Iason, Tiraquelo, Angelo, Panormitano, Federico de Senis, Ancarrano, Dominico, Imola, Francisco de Aretio, Ioannes de Platea, Mariano Socino, Barbacia Felino, Decio, Guido Papa, y otros muchos que jũta; y sigue Menochio en el cons. 39. num. 36. tomo 1. y con otros muchos resolvió esto mismo Gutierrez (que trató latamẽte esta questiõ) de tutelis, 3. p. cap. 1. desde el numer. 77. y despues del con muchos, que cita Escobar de ratiocinijs, cap. 23. num. 31. que habla tambiẽ de fatores, procuradores, ad recipiendum cum libera administratione; &c. y en procurador prueua esto bien Mascardo concl. 369. num. 6. con muchos que alega. Y no sé para que sean necessarios Doctores, sino el mismo texto, que tanto festeja el Abogado contrario en la ley Lucius, la segũda, §.

 tute-

tutelæ, ff. de administratione tutorum, con no mas induccion q̃ leerlo, porque en el auiendo dado ya vn tutor su quenta, el menor fue a cobrar de sus deudores los restos q̃ dio por no cobrados, *postea cũ à debitoribus paternis quorũ nomina libro rationũ nõ notabãtur exigere vellet pupillus*, salieronle con las cartas de pago, *prolatæ sunt ab eis apochæ tutoris*; preguntandose al Consulto; *Utrùm aduersus tutorem, an aduersus debitores actio ei competeret?* Y respondio, *Si tempore administrandæ tutelæ tutori tutelam gerenti debitores soluissent, liberatos esse ipso iure*: de manera, que si pagaron se libran no con la carta de pago solamente; como reparó bien el Padre de la Iurisprudencia Bart. ibi; *Et hoc est quod dicit hic Iurisconsultus si benè aduertatur, dicit enim si debitores soluissent, quasi dicat non sufficit confessio.* Menochius ex multis vbi sup. num. 63. Gutierrez dict. num. 77. ad medium, Scobar vbi supra num. 41. versic. sed his.

Y visto ya que no pudo Martin Iuan de Beingolea en virtud de el oficio de administrador dar las cartas de pago, sobre que se litiga, ni el derecho tal facultad le concede, y que assi no prejudicó con ellas a su administració. Veamos aora si en virtud de poder que tuuiesse las pudo dar, y prejudicarle, & certo certius est, que no pudo; porque como se ha supuesto en la prouision de administracion, no se le dà tal facultad, antes se le manda lo contrario: y ya se sabe, que el mandato stricti iuris est, y no se estiende a lo que expressamente no se menciona en el, quanto mas a lo que expressamente se prohibe, *nam qui excessit, aliud quid facere videtur*, vulgaris tex. in l. diligenter, ff. mandati; por manera, que ni por vn camino, ni por otro obstan las dichas cartas de pago.

A este primero fundaméto cierto, y juridico, lo que se opone por la parte contraria es de tan poca substancia, que con facilidad se sale dello: porque en quanto a lo primero, que es traer para este caso el §. sed quoniam, de la ley in contractibus, C. de non numerata pecunia, queriendo equiparar al administrador de las obras pias de Ochoa de Vrquiza, persona particular al Depositario, Tesorero, o Receptor de la hazienda Fiscal, persona publica de quien aquel texto habla: ya se sabe el fundamento que tenga, cõtentome con alegar a Menochio en el consil. referido 39. tomo 1. desde el numero 59. donde con la comun entiende este texto, y da la razon de su decision.

Eiusdem farinæ, es lo segundo, porque el argumento que en el se haze procede muy mal, *el que tiene libre administracion puede cobrar sine iudice, ergo confitendo recepisse, nocet domino*; vndè hæc sequella?

quella? es lo mismo recibir que confessar auer recibido? prueuanlo los textos que se refieren? tampoco; porque de tres que trae, los dos fundan lo contrario, que es la ley Lucius la segũda, §. finali, ff. de administratione tutorum, ibi; *Tutoribus concessum est à debitoribus pecuniam exigere, vt ipso iure liberentur non etiam donare, &c.* y la ley pactum 22. C. de pactis, ibi; *Tutores enim, & curatores exigentes pupillis, & adultis debitum, non etiam remittentes præstant liberationem,* quibus addo Gofredum in notis, litera A. & B. Y el tercero, que es la ley tutor 35. de administratione tutor. No es deste arguméto, ni sé para que se trae.

Peor es lo tercero de la ley tutor 56. ff. de administratione tutorum, porque ni en ella se trató si el tutor podia librar per acceptilationem los deudores del pupilo, ni tal cosa se resuelve, como consta cõ solo leerla, y el argumento q̃ se haze de la aceptilacion a la confessiõ, no corre en los tutores, curadores, administradores, y los demas, qui non suo nomine, sed alieno agunt; contentome con referir las palabras de Pedro Surdo en la decision 229. despues de auer apretado esto mucho, ibi; *Quod tamen attigit ad præsens negotium, licet confessio veram probet numerationem, tamen hoc falit quando non fit à principali, sed ab eis, qui alienum gerunt negotium, qui ideo confitendo recepisse, videntur donare, & hoc casu sustineri potest, quod Bartolus, & Angelus dicunt de confessione, idem indicari; quod de pacto de non petendo, intelligendo de eo qui ad præiudicium tertij non potest confiteri, sed in eo qui potest confiteri, vt quando agitur de solius confitentis præiudicio, tũc confessio habet vim solutionis, & magis æquiparatur acceptilationi, quam pacto de non petendo, &c.*

Lo quarto tiene tambien poco fundaméto, porque ni el institor se puede equiparar al tutor, ni quando se equiparara su confessiõ daña a quien le prepuso, si aliàs no consta del recibo verdadero, prout optimé resolvit Scobar de ratiocinijs, cap. 23. num. 44. versic. *neque vltimo, & finaliter obstat tex. in l. fin. ff. de institoria*, pulchré Petrus Surdus cum multis; consil. 326. præcipuè a num. 19. ibi; *Secundo respondetur, quod & si fuisset præpositus ad recipiendum in custodia bona, vel res, tamen adhuc non obligaret præponentem, nisi constaret illum verè, & realiter recepisse bona, non autem per solam confessionem, nam procurator generaliter ad recipiendum mutuam pecuniam non obligat dominum si cõfiteatur se recepisse.* Y en el numero 24. versic. similiter non repugnat, responde otra vez a la dicha ley final, ff. de institoria actione, lo q̃ pudieramos responder nosotros. Quando el dicho Martin Iuã de Beingolea

golea no tuuiera la clausula expressa, que assentamos en el poder que se le dà, en que se le manda que de lo que cobrare de cartas de pago, &c.

A lo quinto, y a la ley Lucius Titius 47. §. tutelæ, ff. de administratione tutorum, està ya respondido, y el texto es euidente cōtra la parte contraria, sin que padezca cabilacion, cui addendi sunt multi quos citat Surdus decis. 229. num. 27. ibi; *Et addunt simile de procuratore cōstituto ad recipiendum solutionem, qui si confiteatur recepisse, vel aliter, nō tamen præsenti pecunia liberet debitorem, nihil agit, &c.*

Lo sexto, y vltimo no necessita de respuesta, sino de disculpa, porque alegar vna ley de Partida, y referir sus palabras, cortādo vna clausula essencial della, no seria entender que no auia de verse en su original, sino estar a caso mal impresso el libro de dōde se sacó, sea lo que fuere, la ley dize assi; *Sepan quantos esta carta, vieren como yo fulano personero de fulano, dando señaladamente poder para poder vender tal casa, o tal viña, y para recibir el precio della; e para prometer en nome del todas las cosas que son escritas en esta carta, &c.* De suerte, q̄ el poder no solo era para cobrar, sino para todo lo demas contenido en la escritura; & sic para confessar auer recebido, como advirtiò bien el señor Gregorio Lopez alli, glossa *por pagado, &c.* ibi; *intellige, vt & hic dicitur quando habebat mandatum ad confitendum de recepto*; palabras que omitió tambien el contrario, y aunque luego prosigue; *Aduerte quia communiter in instrumentis procuratorijs ad solutionem recipiendam, non ponitur hoc, & quotidie videmus admitti cōfessiones de recepto, factas per habentes mandata similia, absque eo, quod ibi sit clausula ad posse confitēdum de recepto*; que son las palabras que traslada en su papel, dexasse las siguientes donde està la resolucion, ibi; *In practica vero tutius est, quod seruetur primum, quia maiori ratione, & æquitate nititur, &c.* Por manera, que la ley, y la doctrina del señor Gregorio Lopez claramēte prueuan lo contrario de aquello, para que se alegan.

Viendo la parte contraria quan mal va por el camino, de querer que en fuerça de administrador tenga Martin Iuan de Beingolea facultad para poder confessar auer recibido, y renunciar la pecunia, toma el segundo, que es dezir, que en el poder que le dio la Villa de Lequeitio, y su Regimiento ay expressamente estas clausulas, y facultades: pero esta es muy fribola euasiō, porque concursados los bienes (como se ha supuesto) nombrado por la justicia el administrador cō su prouision para administrar, y en ella inserta la forma, que en la administracion ha de tener, que importa que la parte le dè poder, o que puede

puede obrar. Demas de que quando no huuiera concurso, si el Contador Ochoa de Vrquiza diera el poder, estaua bien, porque era el señor de la haziẽda, & in re sua quilibet est moderatur, & arbiter, l. in re mandata, ff. mandati, y como podia prejudicarse confessando auer recebido, tambien pudiera dar poder, para que le prejudicarã, confessandolo; pero quien dà el poder no son mas de Patronos (esto si se ha de estar a lo que dize la parte contraria, que ni lo son, ni consta del Patronazgo) y como emos referido, el tutor, el Patron, el administrador, qui aliena administrant, ellos mismos no pueden, confitendo, prejudicar su administracion; luego ni dar poder à otros, para que lo hagã cum nemo plus iuris in alium trãsferre possit quam ipse habet, conforme al principio vulgar.

ARTICVLO SEGVNDO.

ESte segundo articulo toca a la segunda razon, que por el Capitan Fernã Perez de Beingolea se alega, para pedir lo q̃ a su administració se deue, q̃ es dezir, que aunque Martin Iuan de Beingolea otorgó las cartas de pago, sobre que se litiga, siempre las tuuo en su poder cõ los mandamientos originales, y no las entregò a Lorẽço de Leagui, que era quien le auia de hazer el pagamento, y que assi no es cierto dezir que dio cartas de pago.

Esto tiene de hecho mas que de derecho, y assi supongo en el, que por parte del dicho Capitan en la segunda pregunta de su interrogatorio, q̃ està a fo. 69. està probado con muchos testigos, que son Pedro de Amuniçaga, Garcia del Castillo, Martin de Vrquiça, Iuan de Arreluz, Prudencio de la Renteria, Andres de Arriola, Iuan de Cea, el Padre Francisco de Marquina de la Compañia de Iesus, el Pagador Simon de Gabiola del habito de Santiago, y el Contador Arnao de Fao, personas todas de tanta fee, y credito como es notorio. La costumbre que en esta Ciudad, y aun en este Reyno ay de otorgar todos los que tienẽ juros, y tributos, las cartas de pago primero que cobren, sin que se entienda estar pagados, hasta que las entregã a sus deudores; y en particular dizen todos, que se ha acostumbrado esto en las cobranças que hazẽ los tributarios de los bienes del dicho General Iuan de Vribe.

Item se supone tambien, que en la tercera pregũta tiene provado el dicho Capitan, como auiendo venido Martin Iuan de Beingolea a cobrar lo que se deuia a la hazienda de Ochoa de Vrquiza, y hecho

mucha instancia con Lorenço de Leagui, para que le pagasse, prometio de hazerlo de cantidad de marauedis,que se deuian en Truxillo,de quatro mil y quinientos ducados,que alli ay de renta;yque para este efecto sacó recaudos,e embió a la cobrança persona,para que como fuesse cobrãdo, entregasse al dicho Martin Iuã de Beingolea, por quẽta de lo q̃ auia de auer; y como para esto el dicho Martin Iuã sacó sus mandamientos,y otorgó las cartas de pago,sobre que se litiga. Y dizen mas los testigos como la cobrança de Truxillo no tuuo efecto,y asi se huuieron de bolver,asi lo deponen Pedro de Amuniçaga,Garcia del Castillo,que es el diligenciero que fue a hazer la cobrança, criado antiguo del dicho General Iuan de Vribe, y de sus hijos: y Martin de Vrquiza,el Padre Francisco deMarquina,el Pagador Simon de Gabiola,y Arnao de Fao.

Lo tercero se supone,que los mandamientos de pago,y cartas de pago originales,fechas al pie dellos, se presentarõ en este pleyto por el dicho Capitan Fernan Perez de Beingolea. Y que en la quinta pregũta del interrogatorio tiene aueriguado como las dichas cartas de pago, y mandamientos siempre han estado en poder de los administradores de las obras pias de Ochoa de Vrquiza. Y en particular dizen los testigos las vieron en poder de Ynigo Martinez de Licona,q̃ sucedio en la administracion al dicho Martin Iuan; y en poder tambien del dicho Fernan Perez,asi lo deponen Garcia del Castillo,Martin de Vrquiza,Prudencio de la Renteria, el Padre Francisco de Marquina,Simon de Gabiola,y Arnao de Fao.

Esto supuesto en el hecho,la razon referida en que se funda el Capitan Fernan Perez de Beingolea,parece llana, y corriente: y porque su mayor comprovacion nacerà de lo que se respondiere a tanto, como por la parte contraria se alega, procurarè con la breuedad possible satisfazer a ello.

Alegasse lo primero,que nunca se ha dicho,ni tomado en la boca, hasta que Don Iuan de Ozaeta entró a administrar, que las cartas de pago no se huuiessen entregado a Lorenço de Leagui,de donde quiere se colija,que es incierto. Mas a esto se responde tambien,que hasta que el dicho Don Iuan fue administrador,nũca se dixo,ni se tomò en la boca,que el dinero dellas estuuiesse pagado,y asi no fue menester esta alegacion, porque claro està, que si es replica para excluyr su excepcion de paga,no auiendose propuesto la excepcion,no auia para que replicar.

Lo segundo añade, que esta alegacion se confunde en si misma,

porque

porque si se dize, que el otorgar las cartas de pago en confiança, fue porque Lorenço de Leagui auia de darle vnos libramientos en Estremadura; claro està que para darselos se auia de entregar en las cartas de pago.

A esto se responde, que tal alegacion, ni tal provança no se ha hecho; y lo que se ha articulado , y prouado es, que insistiendo Martin Iuan de Beingolea con Lorenço de Leagui, para que le pagasse, prometio de hazerlo de cantidad de dinero , que en Estremadura se deuia; y para esto embió persona a la cobrança, cõ orden de que como fuesse cobrando, fuesse entregando al dicho Martin Iuan de Beingolea: y para este efecto se dize sacó los mãdamientos, y otorgò sus cartas de pago, preuiniendose para la paga: y esto no es cosa inuerosimil (como se dize por la parte contraria) sino tan ordinaria en las cobrãças, que no ay cosa que mas lo sea. Y en fin es tã cierta, como lo deponen tantos testigos.

Dizesse lo tercero, que las mismas cartas de pago denotan, que se entregaron por aquellas palabras de tiempo presente, que tienen, ibi; *En virtud del mandamiento de apremio, que entrego al dicho Lorenço de Leagui.* Empero satisfazesse con que ay gran diferencia del dezir al hazer: y no se sigue bien, dixo, que se las entregaua, luego entregoselas , *Cum non probet hoc esse, quod ab hoc contingit abesse.* A demas de q̃ si el entrego se hiziera donde se dixeron las palabras, que fue ante el Escriuano, el añadiera como es ordinario, *de cuyo entrego yo el presente Escriuano doy fee, porq̃ se hizo en mi presencia.* Y pues no lo añadió, o emos de dezir, que no supo hazer su oficio, o q̃ el entrego no se hizo. Rursus tampoco aquellas palabras dizen, que la carta de pago se entrega, sino el mandamiento; con el qual no se prueua la paga. Con que queda respondido a esta pueril alegacion.

No tiene mas fuerça lo quarto que se alega, ponderando las palabras, que el año de 1631. dixo de las cartas de pago, sobre que se litiga, Yñigo Martinez de Licona que sucedio en esta administracion al dicho Martin Iuan de Beingolea en la carta de pago, q̃ el dio de los veinte y ocho mil y quatrociẽtos reales q̃ recibió, ibi; *La qual carta de pago se dio en confiança, &c.* De donde saca por consequencia la parte contraria, *luego se dio , y entregó.* Porque se responde , que està muy olvidado del brocardico comun , *à separatis nón fit illatio*; pues siendo cosas tan distintas en si, y en el vso, y practica comun, dar carta de pago, o entregarla al deudor, que por lo primero no se induze paga, y por lo segundo si, quiere inferir lo vno de lo otro.

Lo quinto y vltimo se aplica tambiẽ muy mal, porque el caso de Parladoro no tiene que ver con este, supuesto que el va hablando quã do vno pidio los reditos de algunos años, sin auer pedido, ni protestado los del tiempo antecedente, que estonces por el mismo caso q̃ no se acordó dellos, parece que confessó que no se le deuian. Empero si los huuiera pedido ya en los mismos autos, y sacado mãdamiento de pago, y le tuuiera en su poder, y huuiera recibido dinero a quenta, q̃ es indiuidualmente nuestro caso, no dixera Parladoro, ni otro alguno, que por pedir los que despues fueron corriendo, no puede acabar de cobrar; y se ha de entender que està pagado ya, demas de que, ni aun la doctrina de Parladoro es cierta, ni se sigue de lo que propuso en el num. 19. de donde la infiere, que fue; *Sed & illud admonuisse oportebit, cum executio pro reliquis petitur, vulgo dicimus de resto, videri creditorem fateri se reliquam omnem summam accepisse, &c.* Porque esto se funda en fuerça de la palabra, *de resto*, que significa estar pagado lo demas; lo qual no tiene que ver con pedir nueue años, y dos tercios, que es lo que por via executiua puede cobrarse, dexando lo demas para la ordinaria, donde se ha de pedir precissamente.

Siguense los autos judiciales, que tanto pondera el Abogado contrario; a los quales porque tocan a la materia del tercero fundamento, se satisfarà en el; y assi cerramos este con aduertir, q̃ lo q̃ se opone a la provança, que en el queda presupuesta, ni se ajusta al hecho, ni al derecho tampoco; al hecho, porque no solo se provò la costumbre general, y tan sabida de otorgar las cartas de pago, primero que se cobren los reditos, porque se dan, y de que el entrego dellas, y no el otorgamiento prueue la paga (como confiessa en su papel) sino que en la cobrança de los tributos, que esta hazienda paga indiuidualmẽte se guarda, y practica lo mismo; al derecho, porque quiere que el Capitan Fernan Perez de Beingolea tenga obligacion a prouar, que las cartas de pago no se entregaron a Lorenço de Leagui, siendo el quiẽ ha de prouar el entrego; porque el dicho Capitan con los autos que estàn proueydos, y con los mandamientos de pago que tiene, funda su pretension, y pide; y la excepcion con que se excluye, es con dezir que està pagado; y en esta el dicho Don Iuan es actor, y ha de prouar, y la prouança ha de ser no solo que se otorgaron cartas de pago, que esto como tantas vezes se ha dicho, no prueua, ni induze paga, si no que se entregaron a Lorenço de Leagui: accedit, que la paga como cosa que es de hecho, no se presume, y mas contra menor, u obra pia; y assi el que la alega ha de provarla, l. in bello, §. facta, ff. de captiuis,

uis, &c. exornat latè Menochius de præsumptionibus, lib. 3. præsũpt. 135. a quien intitulò, *creditori solutum quando præsumatur, &c.*

A esto replica el Abogado contrario, que Pedro de Amunizaga, testigo del dicho Capitan Fernan Perez de Beingolea, dize como las cartas de pago, y recaudos estauan en poder de Lorenço de Leagui, y que asi ya tiene la provança que es menester, cum vnicus testis cõtra producentem plenè probet. Empero a esto se responde, que esta resolucion no milita de derecho del Reyno, y ley de Partida; conforme al qual, aunque el testigo diga contra quien le presentò importa poco, porque presentandole *aprueua la persona, no el dicho,* palabras son de la misma ley, y esto no solo quando es vno, sino quando son mas, como expressamente lo prueua la ley 41. tit. 16. Partida 3. ibi; *E non deue empecer a la parte el testimonio contrario, que los otros ouiessen dicho.* Rursus se responde, que quando la parte cõtraria se quiera aprouechar de lo que dize el dicho Pedro de Amunizaga, no lo ha de diuidir, y cortar, torciendo la clausula, y variando la sentencia, porque las palabras del susodicho son; *Dixo, que lo que della sabe es, que auiendo muerto el dicho Martin Iuan de Beingolea, vino a esta Ciudad a la dicha cobrãça Yñigo Martinez de Licona, y estuuo en esta Ciudad muchos dias, y luego que vino, el dicho Lorenço de Leagui, respeto de que auia muerto en su casa el dicho Martin Iuan, y quedado en ella todos sus papeles, le entregò los dichos papeles de la dicha cobrança, y entre ellos la carta de pago, y mandamiento, sobre que es este pleyto. Y auiẽdo passado algunos dias, le oyò dezir este testigo a Yñigo Martinez de Licona, que no sabia como el dicho Martin Iuan de Beingolea auia otorgado la dicha carta de pago, que sino fuera el dicho Lorenço de Leagui tan hombre de bien, y buen Christiano, se pudiera quedar cõ todo: y le oyo dezir este testigo al dicho Yñigo Martinez de Licona, como el dicho Lorenço de Leagui le auia pagado cierta cantidad de marauedis, que no se acuerda quanto le dixo, mas de que le dixo, q̃ era vn dinero que auian traydo de Truxillo, y que le auia recibido por quẽta de la dicha carta de pago, que asi auia otorgado el dicho Martin Iuan de Beingolea: y de la cantidad que asi recibio el dicho Yñigo Martinez le otorgô carta de pago en fauor del dicho Lorenço de Leagui, sin embargo de la que auia otorgado el dicho Martin Iuan. Y asi se lo dixo a este testigo el dicho Iñigo Martinez de Licona; a la qual carta de pago este testigo se remite, y esto sabe, y responde a la pregunta.* Destas palabras diga la parte contraria, que quiere sacar, o que ay contra el dicho Capitan Fernan Perez; y su administracion.

EL Tercer fundamento, que el Capitan Fernan Perez de Beingolea tiene para pretenderse le paguen los corridos, sobre que se litiga, es, que aunque se ayan otorgado las cartas de pago, y entregado a Lorenço de Leagui, prouada la causa que para esto huuo, y que no se pagaron efectiuamente, ni los bienes del dicho General Iuã de Vribe quedaron libres, ni estinguida la accion que tenia contra ellos.

Dos partes tiene este articulo, y lo que en el emos de fundar. La primera, que auiendose prouado la causa, porque estas cartas de pago se dieron, y que el dinero dellas no se pagó, se pueda pedir oy a los bienes del dicho General Iuan de Vribe, como sino se huuierã dado. La segunda, que esto està provado bastantissimamente.

Y en quanto a la primera se nos oponen dos principios de derecho, que parece nos excluyen; vno de la ley securitatibus, C. de apochis publicis, lib. 10. y sus concordantes, donde se decide, q̃ dada vna vez la carta de pago al Receptor, o pagador, &c. no se puede oponer contra ella la excepcion de la non numerata pecunia. Y otro de la ley in contractibus en el §. super cæteris, C. de nõ numerata pecunia; por el qual se decide tambien, que dada carta de pago al deudor, y passados treynta dias despues de su fecha, no se puede alegar que fue en con fiança, y que no se recibio el dinero, que en ella se confessó auer recebido: con lo qual, y los lugares de Doctores, que alega, le parece al Abogado contrario desesperada nuestra pretẽsion. Empero debaxo de la correccion de V.m. el fundamento es cierto, y juridico, y los dos textos que se alegan tienen la respuesta facil, porque la ley securitatibus, ella misma nos dize, que va hablando en Tesoreros, Receptores, y otros oficiales publicos, como diximos de su Cõcordante; el §. sed quoniam de la ley in contractibus de non numerata pecunia; no en personas particulares, como tutores, procuradores, administradores, &c. assi la entendio Acurcio, ibi; *A procuratore fisci, &c.* Bart. y los demas ordinarios in dict. §. quoniã, Gofredo en las notas a la dicha ley securitatibus, litera M. ibi, *Exceptione non numeratæ pecuniæ, vti non potest, qui apocham publico nomine dat.* Iacobo Cuiatio ibidem, cuius verba hæc; *Contra chirografa intra bienium opponitur exceptio non numeratæ pecuniæ, contra apochas priuatorum intra 30. dies, contra apochas publicas nunquam.* Lucas de Peña, ibi; *Aduersus apochas factas per susceptores fisc alium functionum de sibi solutis, in totũ vel in partem exceptio non numeratæ pecuniæ non opponitur.* Lucerna rubrica.

bricarum in rubrica, C. de apochis publicis, per totam, præcipue nu. 10. ibi; *Hoc est de instrumentis, & scripturis publicis solutionis tributorum fiscalium, &c.* Latè Menochius con muchos, dict. consl. 39. tom. 1. à n. 59. ibi; *Nam prælatius verè dicitur administrator priuatus, is vero administrator fisci dicitur publicus, l. vltima, C. de apochis publicis, lib. 10. qua constitutum est non posse hunc fisci administratorem aduersus confessionem suam de recepto; obijcere exceptionem non numeratæ pecuniæ.* De dõde infiere, que no corre en quanto a esto bien el argumento del Fisco a la Yglesia, ibi; *Quia respondeo argumentationem non procedere, fiscus, & Ecclesia æquiparantur, ergo sicut creditur administratori fisci, sic creditur administratori Ecclesiæ, quia æquiparatio non repetitur facta inter vnũ, & alterũ administratorẽ, vt fides vni, ac alteri adhiberi debeat.* Latamẽte Scobar (en el lugar en q̃ le alegué) de ratiocinijs, c. 23. n. 43. versic. neque etiã obstat, tex. in dict. l. &c. q̃ haze la misma distincion, no solo cõ la Yglesia, sino cõ otro qualquiera tutor, administrador, fator, procurador, &c. vt videre nu. 31. Y la razon de diferencia no es vna sola, sino muchas, vt videre est per Lucas de Peña in dict. l. securitatibus, Menochio vbi supra, Pichardo in principio instit. de literarum obligationibus, num. 33. Scobar loco citato: si bien (a mi ver) entre las que dan, la principal es estar mandado expressamente, que primero que estos Receptores, Tesoreros, &c. den carta de pago, ayan recibido el dinero della, y que dada primero que se entregue al deudor, se tome la razon de la paga en los libros; y assi no es creyble que guarden tantos requisitos, sino es q̃ estando ya pagados, y satisfechos, como bien aduirtió Pichardo vbi supra.

Con lo dicho queda respondido a la ley securitatibus, y sus concordantes, y desvanecido tambien quanto el Abogado contrario jũta en las hojas 7. y 8. de su papel, en la respuesta *ad primam oppositionẽ,* fundandose solamente en la equiparacion, que sine lege, & sine Authore haze de los administradores publicos de la hazienda fiscal, &c. a los particulares, como lo fueron el dicho Martin Iuã de Beingolea, y Lorenço de Leagui. Restanos aora el §. super cæteris, a quien se acoje en la fo. 9. sintiendo la flaqueza de todo lo demas; el qual, y su decision tampoco nos obsta. Lo primero, porque se ha de constituir diferencia entre dar carta de pago el acreedor para recibir luego su dinero, con esperança de que alguno se le ha de pagar, o darla debaxo de promessa, que su deudor le haga, que le pagarà para tal tiempo, o con presupuesto de que se le ha de pagar del dinero de tal, y tal renta, como se vaya cobrando, o para q̃ se valga della su deudor, o su tutor, o ad-

o administrador,y a tal plazo se le pague; en el primer caso entra bien oponer la excepcion de la non numerata pecunia, si viere que auiendose dado por satisfecho,y confessado la paga,se passan treynta dias sin que se le dè su dinero; y entra tambien passados los treynta dias no admitirle esta excepcion,porque es terrible negligencia auer otorgado vna carta de pago para recibir su dinero,y viendo que en tanto tiempo no se le dà,no reclamarlo,ni formar su quexa,que es la razon en que se funda,quitar esta excepcion,y en q̃ se justifican todas quantas prescripciones el derecho ha introduzido, cap. vigilanti de præscriptionibus, ibi; *Effecimus autem Legislator ad euitandam miserorum segnitiem, &c.* donde comunmente se nota.

Todo lo qual cessa en el segũdo caso, porque el que dà la carta de pago,sabiendo que por estonces no le han de pagar, ora porque se le prometio para tal tiempo la paga, ora porque ha de yr cobrando el dinero de tal renta,o de tales efectos,en que se le consignó, ni puede formar quexa dentro de los treynta dias de que no le pagan, ni puede imputarsele a culpa,ni a negligencia que no la forme: y assi ni entra aqui la excepcion de la non numerata pecunia,ni el §. super cæteris,ni en este caso milita su razon de decidir,antes cessa totalmente,y siempre el deudor passense,o no se passen los treynta dias,estarà obligado a la paga: reconocieron esta diferencia casi todos los Doctores en la ley penultima, §. si vir, ff. soluto matrimonio, principalmente Bartulo, ibi; *Vel possumus dicere, quod fuit facta prima confessio spe futuræ promissionis pro illa enim futura promissione fuit istè confessus se habuisse dotem, vndè illud nomen tantum æstimasse videtur, &c.* Y Cuma no lo siguió,ibidem ibi; *Vbi vero est confessio patet animus statim obligãdi, neq; potest dicere spe futuræ numerationis sed promissionis* Et rursus, ibi; *Nota quod ista promissio faciet exceptionem non numeratæ dotis quandocumque opponi, quasi per eam probetur non numerata.* Mejor que ambos Paulo de Castro, ibi; *Sed quando promissio statim sequitur non prodest hoc sibi, quia non fuit confessio spe futuræ numerationis, sed spe futuræ promissionis, si autem promissio non præcessit, neque fuit secuta, sed sola cõfessio de recepto, tunc si non est lapsum tempus exceptionis nõ numeratæ dotis, poterit illam exceptionem opponere, &c.* Lo mismo tuuo Romano en el singular 26. inter singularia doctorum, y Abad Panormitano en el consil. 73. p. 2. præcipuè num. 2. ibi; *In casu autem nostro non potest dici ob hanc causam, scilicet pecuniæ numerandæ dictam confessionem emanasse, nam certus erat maritus ex his quæ incontinenti subiecta sunt, quod pecunia non debebatur sibi illico, cum frater mulieris ex cõuentione prius inter*

ter ipsos habita promisserit soluere certis terminis, &c. Doctamente Mascardo de probationibus, concl. 361. num. 30. ibi; *Octauo extende vltra Iasonem, & Felinum, vt etiam habeat locum quando post huiusmodi cõfessionem de recepto, veluti centum ex interuallo, seu statim secuta fuit promissio ab aduersario de illis, quia tunc ille dicitur fuisse confessus spe futuræ promissionis, non autem numerationis, vndè talis confessus non poterit opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ, namque vt dixi cum censeatur confessus fuisse spe illius promissionis statim secuturæ & secutæ deinde sit dicta promissio, videtur impleta causa confessionis, & sic non erit, vndè possit opponere dictam exceptionem.* Pedro Surdo consi. 540. volum. 4. præcipuè num. 14. ibi; *Et non contradicit quitatio, quia ea facta fuit intuitu promissionis factæ per eundem thesaurarium, &c.* Y este segundo caso es el de nuestro pleyto, el qual como està prouado en la tercera pregunta, el auer otorgado Martin Iuan de Beingolea las cartas de pago, fue debaxo de presupuesto, y conuencion hecha con Lorenço de Leagui, de que se le auia de pagar de lo que en Estremadura se le deuia a la hazienda del dicho General; y que como se fuesse cobrando, se le auia de yr entregando el dinero: y en esta conformidad està prouado en la 4. pregunta, como auiendo ydo diligenciero a la cobrança, la primera vez no cobró cosa alguna, por ciertos embargos que auia; y despues auiendo buelto cobró cantidad de dineros, y que se pagaron por quenta de las dichas cartas de pago (auiẽdo muerto ya el dicho Martin Iuan de Beingolea) a Doña Antonia Zamudio, y a Yñigo Martinez de Licona. Y assi conforme a la resolucion referida, ni este es el caso del §. super cæteris, ni aqui ay que traer la excepcion de la nõ numerata pecunia, ni lo que se decide a cerca della, pues mal podia oponerla dentro de treynta dias quien auia de aguardar a que se hiziesse la cobrança, que en ellos, ni en otros muchos se podia hazer.

Sin que obste dezir, que esto que emos dicho tendra lugar, para q̃ el Capitan Fernan Perez, y su administracion pida a Lorenço de Leagui, y sus bienes, no para pedir a los del General Iuan de Vribe, q̃ con la carta de pago quedaron libres; que es lo que dixo Pedro Surdo en el lugar que alegamos, consil. 540. num. 14. ibi; *Vel etiam & verius dicere possumus, quod ea liberatio facta fuit sub spe illius promissionis soluendi, quam incontinenti fecit thesuararius, vt scilicet debitum proprium, & fuerit in eius persona transfusum, &c.* Porque a esto respondo, que tuuiera lugar quando Lorenço de Leagui por si huuiera prometido algo, o se vuiera seguido su credito, o dado las cartas de pago, para que

se valiera dellas; que es lo que passò en el caso de Pedro Surdo, ibi; *Scilicet vt debitum proprium,* prometio como deuda suya, pero no huuo tal cosa; y lo que prometio fue como administrador, diziendo q̃ no tenia otro dinero, que el que en Truxillo se deuia a su administració; y que de aquel se pagaria; con lo qual, ni el quedò obligado como particular, ni libres los bienes que administraua.

Lo segundo no nos obsta el §. super cæteris, porque aunque estuvieramos en su caso, provada la confiança, y que el dinero efectiuamente no se pagó, obsta a la parte contraria la excepcion de non numerata pecunia, conforme a mas verdadera, y juridica resolució. Para lo qual es de notar, que de derecho ciuil el que con esperança de q̃ le auian de prestar, se obligaua, confessando auer recibido lo que no se le entregò, y el acreedor que sin tocar el dinero daua carta de pago de lo que no recibia, indistintamente tenian vna excepcion in factũ, a quien algunos llamauan, non numeratæ pecuniæ, porque lo que excipiendo, dezian era, *pecuniam sibi non esse numeratam*; la qual como las demas era perpetua, y su prouança era a cargo de quien la oponia, ex regula tex. in l. in exceptionibus, ff. de probationibus; assi lo enseña Iacobo Cuiacio ad tit. Cod. de non numerata pecunia in fin. ibi; *Quia exceptio non numeratæ pecuniæ olim fuerat perpetua.* Christophoro Portio ad titulum instit. de literarum obligationibus, num. 11. ad finẽ, & num. 17. ibi; *Quod est dicere, quod exceptioni non numeratæ pecuniæ priuilegiatæ renũciari potest, illi autem quæ competit de iure communi nequaquam.* Alex. Trentacinquio lib. 3. variarum, tit. de solutionibus, resolutione 20. num. 31. ibi; *Quia exceptio non numeratæ pecuniæ si inuenta non fuisset debitor, qui confessus fuisset se mutuam pecuniam accepisse, quam re vera nõ acceperat tam infra, quam post bienium posset se tueri, probando pecuniam non fuisse numeratam, toto tit. Cod. plus valere, quod agitur, &c.* Borcolter in Commentario ad titulum instit. de literarum obligationibus, num. 7. ibi; *Ex Imperatorum constitutionibus exceptio numeratæ pecuniæ perpetua nõ est, sed tẽporalis, olim erat perpetua, &c.* Mẽchaca de successionum creatione, lib. 1. §. 9. n. 22. versic. cæterum, Pichardus in princ. instit. de literarum obligationibus, num. 15.

Empero como lo que se auia de provar era negatiua, *pecuniam sibi numeratam non esse,* que se reputa casi por impossible, l. adseveratio 10. C. hoc tit. y la necessidad de los que auian menester dineros, era tal, que sin repar en ello confessauan auer recido lo que no se les auia entragado, por no mostrar desconfiança de quien les acomodaua, prout benè aduertid Donellus apud Illigerum, lib. 14. cap. 37. in fine,

Mencha-

Menchaca de succesionum creatione,lib. 1. §.9.num. 27. Pichardus in princ.instit.de literarum obligationibus,num.13. Scacia de cōmercijs,§.2.glossa 8.num.3.versic.restringe igitur: sucedia a cada passo, q̄ los vsureros (vt potè improuisimum hominum genus) valiendose destas confesiones cobrauan lo q̄ no auian prestado,para ocurrir a lo qual se introduxo vna nueua excepcion, que llamaron de non numerata pecunia,con diferente naturaleza que las demas; o como quierē otros,y es mas cierto se concedio a la excepcion antigua vn nueuo,y extraordinario preuilegio,videlicet,que opuesta dētro de cinco años, despues de auer confessado el recibo (que este fue el termino que se le dio,dict.l.in contractibus in principio) transfiriesse en el que se valia de la tal confesion la carga de prouar q̄ se entregó el dinero. Despues de lo qual pareciēdole al Emperador Iustiniano,que el quinquenio era demasiado termino,lo coartó por la dicha ley in cōtractibus, concediendo al que ex causa mutui, se obligaua dos años, y al acreedor ex alia causa,que daua carta de pago treynta dias solamente. Y porque en esto auia vna dificultad bien grande,como notò Porcio in principio instituta de literarum obligationibus,num. 2. que es no estar en mano del que se ha de valer desta excepcion, oponerla quādo quiere,nam cum actionis exclusio sit, es necessario q̄ se proponga la accion: con lo qual dexando el contrario (en cuya volūtad està el proponerla)passar el termino,dexaua desbanecida esta defensa;constituyò tambien,que en fuerça de querella pudiesse proponerse,apercibiē do delante de testigos a la persona, que deuio entregar el dinero, como no lo auia entregado,o sino pudiesse ser auido, alegādolo ante el juez;lo qual hecho dentro del termino referido, la excepcion queda perpetuada,y el que la propone releuado de prouar,dict.l.in contractibus,§.in omni de nō numerata pecunia,vbi communiter notatur, & in Lusitania,ita fieri docet Pater Molina de iustitia,& iure,tractatu 2.disput.302.num.6.

Esto supuesto, està facil la respuesta al §. super cæteris, y a los demas deste argumento, los quales proceden en esta nueua excepciō, o en quanto a estos nueuos preuilegios; de los quales el que quisiere gozar,ha de obseruar los terminos referidos, y dentro dellos proponerla. Empero la excepcion in factum non numeratæ pecuniæ,aquella antigua ordinaria siempre queda,y dentro de treynta años puede oponerse,encargandose de la prueua el que la opone; aliàs enim si cō el transcurso de los dos años, y treynta dias quedarà totalmente excluyda, no dixeramos que estos preuilegios fueron en fauor de quiē

la propone,como en realidad de verdad lo son,vt cum multis docet Trentacinquius vbi supra,num.16.sino en su daño,pues por excepciō que se pierde dentro de tan poco tiempo,se le quitaua vna tan grāde, y perpetua defensa, como la que tenia, vt benè considerauit Trentacinquius vbi supra,num.31.de quo quæritur;Balduinus ad titulum de literarum obligationibus in fine, Menchaca de succesionum creatione, §.9.lib.1.num.22.versic.cæterum;de donde se entiende con facilidad la dicha ley in contractibus in principio,ibi;*Et elapso,nullo modo querella introduci possit.* Y en el §.super cæteris,ibi; *Nec ei liceat, qui securitatem exposuit post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias, vel alias res dicere.* Y el tex.in fine instit.de literarum obligationibus,ibi; *Vt vltra bieni metas minimè extendatur,* y su concordante la ley 9.tit.1.part.5.ibi;*E si se callare,que lo non muestre assi ante q̄ dos años passen despues q̄ hizo la carta, dende en adelante non podria poner tal querella.* Las quales hablan desta excepcion preuilegiada desta, quæ per modum querellæ introduci potest: no empero de la comun,y ordinaria,prout doctè resoluit Trentacinquius dict. resolut.20.num. 29.versic.his legibus respondetur,Costa,& Menoch.statim citandi.

Y en efeto que la excepcion de la non numerata pecunia, etiam post cōstituta ei tēpora admittatur, si el que la opone toma a su cargo el prouar pecuniam numeratam non fuisse,es tan corriente, y comun,que no parece se puede negar; porque la tuuierō Iuan, Acurcio, Pedro,Cino,Matarello,Bartulo,Fulgosio, Angelo, Saliceto Castrense,Aretino,Socino,Iason,Claudio,Decio,Costa,y otros que refiere,y sigue Menochio lib.3.de præsumptionibus,præsumpt. 145. num. 13. Porcio in commentario ad titulum instit. de literarum obligationibus,num.7.y su addicionador,litera C.& nu 7. ad finem. Afflictis cō muchos que alega,decis.110.num.2.& 3.Ant.Gomez lib.2.variarum, cap. n. 7.y alli su addicionador,doctè Menchaca,que expressamēte habla de derecho del Reyno,lib.1.de sucesionum creatione, §.9. à num.22.y con muchos que alega Salazar de vsu,& cōsuetudine, cap. 8.num.45.versic.verū si post bienium,qui loquitur etiam de iure partitarum. Antonio Fabro diffinit.1.in suo Codice,tit. de non numerata pecunia,Franciscus Balduinus ad titulum instit. de literarum obligationibus in finalibus verbis,Surdus consil.540.num.15.Pichardus ad titulum institut.de literarum obligationibus à num.12. Gregorius Lopez in dict.l.9.tit.1.part.5.Mascardo de probationibus,concl.361. num.46.Nata cons.305.num.2.Scacia de commercijs,§. 2. glossa.8.

e in-

 248

e infinitos otros que omito; los quales aunque van hablando, vnos generalmente, y otros en el mutuario, mejor se deuen entender en el acreedor, assi por la razon referida, y las demas que dan estos Autores, que son comunes, y corrientes en ambos casos, como porque la prohibició en el mutuatario es mucho mas apretada, como se prueua bié de la ley in contractibus in princ. ibi; *Et eo lapso nullo modo querella introduci possit*, textus in fine instit. de literarum obligationibus, ibi; *Vt vltra bienij metas minimè extendatur*; cóparadas con el §. super cæteris, ibi; *Nec ei liceat non esse sibi pecunias solutas dicere*. Y assi corre el arguméto de maiori ad minus, porque dezir, que alli agitur de obligando, y aqui de liberando; materia mas fauorable, l. Arrianus, ff. de obligationibus, & actionibus, es para apretar el termino tanto mas, quanto va de treynta dias a dos años, no para totalmente excluyr la defensa.

Y expressamente en nuestro caso, quando el acreedor dà la carta de pago a su deudor, tuuieron esta opinion el Senado de Saboya, t este Antonio Fabro in súo Codice, difinit. 1. de non numerata pecunia, y mejor en la final, his verbis; *Aduersus professionem solutæ pecuniæ nõ admittitur exceptio non numeratæ, nisi intra triginta dies quos in eam rem Iustiniani constitutio præscripsic, adeò vt nec audiendus sit is, qui negat numeratam si de eo ius iurandum deferre aduersario velit, si tamen suam intentionem per testes probare velit, non est prohibendus in annum vsque trigesimum, quo demum tempore iura omnia concluduntur, &c.* Alex. Trentacinquio quem pro multis allego, porque doctè, & ex professo, trató esta materia, lib. 3. variarum, tit. de solutionibus, resolut. 20. num. 29. §. inter confessionem in fine, ibi; *Notandum est etiam, quod transactis illis 30. diebus non potest opponi illa exceptio per creditorem, etiam si velit probare contrarium, scilicet numerationem non fuisse factam, & hoc an sit verum infra resoluitur*, iuncto §. secunda opinio, donde lo resuelue, ibi; *Et hac opinio* (nempé admittendam hanc exceptionem post bienium) *mihi multum placet per responsiones datas superioribus fundamentis primæ opinionis, & per hanc resolutionem apparet de veritate illius cõclusionis, an creditor volens probare, quod spe futuræ numerationis confessus fuit, possit elapsis triginta diebus facere.* El Padre Luis de Molina, qui non leuiter nec pefunctorie de hac exceptione agit, tom. 2. de iustitia & iure, disput. 302. num. 2. ibi; *Si tamen spe traditionis confiteatur quis se recepisse, quod alius ei debebat, ita vt confessio sit ad liberandum alium à debito, tunc confitenti conceditur exipere intra triginta dies à tali confessione rem non esse traditam, factaque intra id tempus ea exceptione ad debito-*

rem probare expectat se illã tradidisse, quod si creditor intra id tempus nõ excipiat, ad ipsum probare attinet rem non fuisse traditam, &c. Esto mismo quiso Zauallos, quando la prouança se haze por confession de la parte, que es caso mas apretado por la decision del §. illo videlicet, de la misma ley in contractibus, donde rigurosamente se decide, que ni juramento pueda tomarse al deudor, y con todo esso lo resuelve assi, communibus contra communes, quæ. 38. num. 7. ibi; *Nec si illud probet ex confessione ipsius debitoris, quia tunc elapso bienio, & triginta diebus condemnandus est, & sic est intelligendus, textus in l. in contractibus, §. super cæteris, Cod. de non numerata pecunia.* Mascardo lleuó esto mismo en la conclusion 361. num. 15. ibi; *Verum in alijs contractibus tempus ad opponendam dictam exceptionem, vt transferat onus probandi numerationem est 30. dierum.* De manera, q̃ a su sentir el termino es para transferir la prouança, no para acabar la defensa: mas claro ibid. num. 46. ibi; *Nam licet tali exceptione confessus in alijs cõtractibus vti non possit, si tamen vult probare non numeratam pecuniam, semper auditur.* Mejor Pedro Surdo cons. 540. nu. 14. ibi; *Et ea quitatio, & liberatio dicitur facta sub spe numerationis, & proinde non obligat, neque extinguit debitum, licet enim exceptio pecuniæ non numeratæ post bienium opponi minimè possit, tamen hoc fallit quando confitens vult probare pecuniam non numeratam*; y va hablando en carta de pago, dada a vn Tesorero.

Y procede esto con mas llaneza de derecho de nuestro Reyno, cõforme al qual, como en el Canonico ha de juzgarse, atenta veritate, sin las escrupulidades, y formalidades de derecho ciuil. Y assi, constãdo que el dinero no se entregó, y que se deue, y que el deudor no està libre, sino obligado, como doctamente dixo Pichardo, in principio, instituta de literarum obligationibus; num. 11. ibi: *Quamvis cum pecunia numerata non est re vera nulla sit omnino, obligationeque ius induxerit, vt scriptura singraphæ satis habeat momenti ad fidem astringendam, in re tamen obscura, nihil aliud constitui potest, quam vt scripturæ crederetur, non quod rerum veritas mutetur, sitque naturaliter, nec ciuiliter obligatus qui nihil debet.* Iustissimamente se deue admitir la excepcion pro vt admittendam esse, de iure Canonico, docet cum Dino, Baldo, Saliceto, Angelo, Romano, Butrio, Immola, Felino, Marsilio, y otros, Menochio de præsumptionibus, præsumpt. 145. num. 14. Mascardo conclus. 361. num. 32. Nata cons. 305. Y con Gregorio Lopez, y otros, Zaballos lib. 10. quæst. 39. E indiuidualmente en el acreedor que da carta de pago a su deudor, Rebuffo, despues de Iuan Aufrerio, y otros 1. tomo ad constitutiones Galiæ, tit. de quirographorum recogni-

cognitione,art.2.nu.15. Donde dize lo vido practicar asi en los Tribunales Eclesiasticos y Seglares: y aun de derecho ciuil pareció tã duro excluyr esta defensa,porque se passassen los treynta dias, que implorato iudicis officio;aunque falte la excepcion,se ha de admitir como con Acosta,Marsilio,y otros resuelue Oliuano de actionibus, lib. 1.part.2.en las adiciones al cap.14.num.12. Tan lexos està de poderse excluyr la dicha administracion por la doctrina de algunos Doctores,que sin disputar la materia,misere lapsi sunt.

Lo tercero se responde,que el §.super cæteris,y su decision proceden,quando el acreedor no solo escriuió,y otorgò la carta de pago,sino la entregò a su deudor,que estonces es quando haze cõfiança del: y quando da a entender que està pagado; principalmente conforme la practica,y costumbre general deste Reyno, y particular tambien, que se ha obseruado por los acreedores de esta hazienda,como es notorio,y està bastantissimamente prouado.Empero quando el acreedor,aunque otorgó la carta de pago,la retiene en su poder, hasta que el dinero se le entregue, y va dãdo recibos por menor de las partidas que a cuenta se le dan (que es indiuidualmente nuestro caso) entonces ni ay que oponer de non numerata pecunia,ni que imputarle,que no lo opusiesse en los treynta dias,ni otro termino, & hæc de prima parte huius articuli.

En quanto a la segunda parte,que mira si està prouado,que las cartas de pago se dieron en confiança,sin auer recebido,ni recebir el dinero:es tan cierto,que ni aun a negarlo se ha atreuido la parte contraria,porque en la tercera y quarta pregunta se prouó plenissimamente con muchos testigos,personas tan principales,y de tanta fè y credito,que no dexó lugar a duda;demas de que ay tales adminiculos,que dellos solos se cõcluyera quando no tuuiera mas prouança. Porque se considera lo primero,que el mandamiento de pago de los 3.qs.y tantas mil marauedis, se diò en diez y seys de Mayo, y la carta de pago en que se confiessa auer recebido el dinero,se otorgò en diez y siete:y y el otro mãdamiẽto, y carta de pago,se otorgaron en vn mismo dia como della consta,que està a fol.27.y 33. De suerte,que ni aun tiempo huuo para contar tanta cantidad de marauedis, quando estuuierã muy promptos en vna hazienda,que siempre ha andado tan alcançada:y asi cum exdiuiturnitate temporis solutio præsumatur,del poco tiempo se presumirà, que no huuo paga, cum contrariorum eadem sit diciplina,& ratio.

Lo segundo se considera, que no auia de ser tan prodigo Lorenço

de Leagui, que si huuiera pagado las dichas cantidades real, y efectiuamente, pagando despues quarenta y ocho mil y tantos reales a doña Antonia de Zamudio, y Iñigo Martinez de Licona, auia de permitir, que los recibiessen a cuenta dellas, diziendo en los recibos, como aunque auia cartas de pago, se auian dado en confiança. Con lo qual, y valerse dellos en este pleyto està conuencido, que no pagò los diez mil y tantos ducados sobre que se litiga, y le obligaran otra vez a pagarlos cosa que ningun hombre sanæ mentis, harà, ni tiene fin, ni efecto para que se haga: porque dezir que ay colusion entre el, y el Capitan Fernan Perez Beingolea, era buena alegacion, si todo lo referido no fuera de antes mucho tiempo que tuuiera esta administracion quando la tenia Iñigo Martinez de Licona.

Lo tercero y vltimo que se considera, y que quita todo genero de escrupulo es, que si huuiera sido efectiua la paga de las dichas cartas de pago con el dinero dellas, y con los quarenta y ocho mil y quatrocientos reales, que despues pagó Lorenço de Leagui a doña Antonia Zamudio, y Iñigo Martinez de Licona, venian a estar pagadas las dichas obras pias, no solo de todo lo q̃ se pide y deue, sino de muchos marauedis anticipados. Pues preguntasse siẽdo esto assi, como la parte contraria dexó consentido el auto del Ordinario, en quanto mandò pagar todo lo corrido, desde primero de Mayo de 628. hasta oy, q̃ es desde q̃ las cartas de pago se otorgaron, como aunque se pidió, q̃ el pleyto se debolviesse para esta cobrãça, no lo contradixo, como trató cõcierto con la villa de Lequeytio, obligandose a pagar 1U500. ducados cada año, como aqui se valio del, contradiziendo con el la cobrança que se pretendia hazer, y queriendo obligar a que se guardasse, si antes le vienen a deuer dineros? no tiene otra respuesta, sino atribuyrlo a la poderosa fuerça de la verdad, que por mas que se quiera encubrir, toda via reluze.

Restanos satisfazer a los autos judiciales que dexamos para este articulo, en cuya ponderacion tanto papel se gasta de contrario, insertando a la letra las peticiones, y aun suponiendo algunas cosas que no ay; como que Iuan Rodriguez de Bonilla tuuo poder de Martin Iuan de Beyngolea, cosa incierta, y que todas las vezes que se ha hecho relacion deste pleyto, se ha assentado lo contrario. Y en fin todo se viene a reduzir, a que tuuo noticia el dicho administrador, de que Lorenço de Leagui daua por pagadas sus partidas en el memorial q̃ presentó. Y que por esta noticia, y no auerlo contradicho, prejudico a su administracion, lo qual quan incierto sea, constarà, presuponiendo

los

los principios siguientes. Con que quedaran satisfechas las doctrinas que de contrario se traen, que ni son ciertas en si, ni tampoco deste caso.

Lo primero, que qualquiera que alega ciencia, y se funda en ella, tiene necessidad de prouarla, porque tiene contra si la presumpcion del derecho, conforme al qual, *præsumitur ignorantia, vbi scientia non probatur*. Palabras del cap. præsumitur, de reg. iuris in 6. l. verius, ff. de probationibus; donde todos los Ordinarios, quibus adendi plures quos citat; & sequitur Surdus cons. 73. nu. 42. Gratianus lib. 4. disceptationum, cap. 758. num. 9. Por manera, que à de prouarse, q̃ Martin Iuã de Bengolea tuuo noticia de q̃ sus partidas se dauan por pagadas.

Lo segundo, que en las cosas muy perjudiciales no basta la ciencia presuntiua, sino verdadera y formal. De suerte, que no basta dezir hizo mencion del instrumento, pues præsumitur, scire contenta in eo, pidio que se remitisse la relacion a Madrid, præsumitur, que sabia lo que contenia ya. Osacius decis. Pedemontana 186. num. 6. Gratianus disceptat. 708. nu. 15. tom. 4. ibi: *Neque scientia præsumpta sufficit, vbi agitur de præiudicio alicuius, cum debeat esse certa euidens, & necessaria.* Y alega a muchos, y mejor al proposito deste pleyto, en la disceptacion 560. à num. 23. tom. 3. con muchos, plura congerit Lancellotus de attentatis, 2. p. cap. 4. in præfat. nu. 15, ibi: *Præsertim, vbi agitur de amissione alicuius iuris quæsiti, debet scientia legitimè, & clare probari, nec sufficit fama, aut conjectura, aut presumpta scientia.* Y alega a muchos que lleuan esto mismo.

Lo tercero, que esta ciencia no ha de ser general, ni confussa, sino cierta y determinada, rei scilicet, & omnium eius qualitatum. De suerte, que no bastara dezir, y probar, que supo de la certificacion, sino se prueua, que supo indiuidualmente de las partidas que le tocauã (como en nuestro mismo caso lo prouò latamente Pedro Surdo en la decision 216. desde el num. 31.) Y aun va hablando en terminos mas apretados; porque dize que se leyò la cuenta en presencia de la parte, ibi: *Et quamuis calculus fuerit eo præsente relatus, tamen ea præsentia nõ probat intelligentiam, &c.* Doctamente Lancelloto en el lugar referido, num. 72. mejor en la 1. p. cap. 1. num. 86. y en la 2. p. cap. 4. limitat. 27. a num. 19.

Lo quarto, que el saber y callar, o no contradezir en las cosas muy perjudiciales, no obra cosa alguna, nec ex eo dicitur quis consentire, vel approbare, l. filius familias, §. inuitus, ff. de procuratoribus, l. procurator, ff. rem ratam haberi, l. qui vas, §. vetare, ff. de furtis, quibus ad-

F2 dendi,

dendi, plures quos citat, & sequitur Surdus decis. 225. num. 14. Y mejor en el cons. 45. num. 45. donde lo prueua con muchos derechos. De donde muchos dixeron, que in iudicio tacens habetur pro contradicente, y traen el text. in l. hoc autem, §. sin auté, ff. quibus ex causis in possessionem eatur; videndus Gratianus disceptat. 270. tom. 2. num. 65. Menochius de præsumptionibus, lib. 3. præsumpt. 43. nu. 10. vbi laté. De manera, que quando estuuiera probada ciencia indiuidual, que Martin Iuan de Bengolea huuiesse tenido, de que en la relacion se dauan por pagadas sus partidas, no es cierto dezir, que por ella y no auerlo contradicho, quedó priuado de su derecho; mayormente, siendo assi, que la relacion se daua, no para tomar cuenta a Lorenço de Leagui, sino para lleuar este pleyto a Madrid, y desaforar todos los acreedores, y en orden a esto se alegaua, que aqui no se administraua bien, ni se pagaua con puntualidad. Y que el dicho Martin Iuan de Beyngolea, sabia lo poco que le importaua que le diessé, o no por pagado, si el tenia sus cartas de pago, y mandamiétos en su poder, y con ellas su derecho firme y estable.

ARTICVLO QVARTO.

PAra este articulo guardamos la quarta razon, en que el Capitan Fernan Perez de Beingolea funda su pedimiento, que es dezir, q̃ quando sea cierto, que Martin Iuan de Beingolea su antecessor otorgó, y entregó las cartas de pago a Lorenço de Leagui, y siguió su credito, dexando libres los bienes del dicho General Iuã de Vribe, pues consta que el dinero no se cobró, y fueron en confiança; mediante la restitucion que tiene pedida, y se le ha de conceder, ha de cobrar su dinero, como si no se huuieran otorgado.

En este fundamento corremos sin contradicion, porque el derecho es tan claro, que no huuo con que obscurecerlo siquiera, porque q̃ se le aya de conceder al dicho Capitan Fernan Perez de Beingolea, por sus obras pias, la restitucion que tiene pedida, ay texto expresso, que indiuidualméte habla en nuestro caso, y lo decide assi, como se verà de sus palabras, q̃ es la ley minor 25. annis 40. ff. de minoribus, cuius hæc sunt verba; *Minor 25. annis, cui fideicommissum solui pronunciatum erat, cauerat id se accepisse, & cautionem idem debitor, quasi creditæ pecuniæ fecerat, in integrum restitui potest, quia partam ex causa iudicati persecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redegerat.* Y con mucha mas razon, quando no solaméte mudó credito, como

en

en este texto, sino deudor tambien, como en nuestro caso, dexando los bienes del dicho General, que son tan valiosos, y q̃ en ellos tiene tã buen lugar por Lorenço de Leagui, y sus bienes, a quien el dicho Dõ Iuan tiene por no buena dita, que es la decision del texto en la ley Patri 27. §. & hoc 3, del mismo titulo, ibi; *Et hoc intelligimus si damnosam sibi nouationem fecerit, fortè si ab idoneo debitore ad inopem nouandi causa transtulerit obligationem, oppotere cum in priorem debitorem restitui, &c.*

Y no ay que dudar si tendran obligacion las dichas obras pias a hazer excusion primero en los bienes de Martin Iuan de Beingolea su administrador, y no pudiendo cobrar, bolverse contra los bienes del dicho General; porque el menor, y quien goza de sus preuilegios, puedẽ escoger, o restituyrse cõtra el hecho de tutor, o administrador, &c. o pedirle, y demandarle lo q̃ no hizo, como deuia; como lo prueuan muchos textos, y en particular la ley etiam, C. si tutor, vel curator interuenit, ibi; *Etiã in his quæ minorũ tutores, vel curatores malè gessisse probari possunt: licet personali actione à tutore, vel curatore ius suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari iam pridem placuit.* Y la ley final de aquel mismo titulo, ibi; *Etiam tutoribus, vel curatoribus distrahentibus, vel alias contrahentibus, minores tam restitui rebus proprijs, quam tutorum, vel curatorum damna sequi, nullo eis præiuditio per electionem gerando placuit.* Lo mismo dixo la ley 2. C. si aduersus pig. y la ley Imperatores, ff. de minoribus, trató esta question Esforcia de restitutione, 1. p. q. 27. art. 3. a quien intituló, an scilicet restitutio minori denegetur, ex eo quod habet regressum cõtra tutorẽ, vel curatorẽ, & contra eos agere potest: y resolviola en nuestro fauor en el numero 16. versic. sed breuiter contra est veritas; donde auiendo juntado muchos concluye, *& certè banum est dubitare, & plures congerere cum habeamus iura expreßa*, de derecho de el Reyno, ay tambien dos leyes que lo dispusieron assi, la final tit. 14. Partit. 1. ibi; *Escogencia tiene la Yglesia en demandar sus cosas, que fueron enagenadas sin derecho, al que fuere tenedor dellas, o al que las enagenó, o a qual mas quisiere dellos.* Y la ley 2. tit. 9. Part. 6. ibi; *Por su libiandad, o por culpa de su guardador, o por engaño que le fiziesse otro ome, deue ser entregado de aquella cosa que perdio, o que menoscabo*; vbi laté Gregorius glossa 2. verbo de su guardador, ibi; *Cũ in electione minoris sit agere contra tutorem, vel curatorem ad interesse, vel petere restitutionem contra læsionem*, addendi plures quos refert, & sequitur Surdus consilio 87. nu. 6. volum. 1. consilio 95. num. 2. eodem tom. Gutierrez lib. 2. de tutelis,

lis, cap. 1. à num. 5. qui plures etiam refert, de forma, que esto es fuera de toda duda.

CON Lo qual parece que el dicho Capitan Fernan Perez de Bengolea tiene justicia, y la sentencia del Ordinario, y su acompañado, suma justificacion, y se deue confirmar. Esto debaxo de la dignissima censura de V. m. sub cuius auspicijs hæc, &c.

Licenc. Antonio Perez.